

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La Covid19

De Terwangne, Cecile; Van Gyseghem, Jean-Marc; Poulet, Yves

Published in:

Revue du Droit des Technologies de l'information

Publication date:

2020

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

De Terwangne, C, Van Gyseghem, J-M & Poulet, Y 2020, 'La Covid19: la mise en perspective des droits à la vie privée et à la santé', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, Numéro 76-77, p. 5-8.

<<http://www.crid.be/pdf/crid5978-/8614.pdf>>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

ÉDITORIAL

La Covid19 : la mise en perspective des droits à la vie privée et à la santé

Cécile de Terwangne, Yves Pouillet et Jean-Marc Van Gyseghem¹

La lutte contre la Covid19² est un sacré cocktail : elle mélange santé et économie, santé et vie sociale, santé et vie privée. Le coronavirus SARS-CoV-2 a mis en lumière de nombreux paradoxes de l'être humain. À son chevet, il a vu accourir nombre de spécialistes en tout genre que ce soit en médecine, en virologie, en épistémologie et, bientôt, en économie et psychologie. Chacun exprime très sincèrement sa vérité sur le virus et en tire les conséquences. Le droit n'a pas échappé à ce phénomène. Il suffit de lire la presse et les réseaux sociaux et de voir se multiplier les textes, avis, documents et « cartes blanches » à ce sujet, pour s'en convaincre.

La Covid19 a, en matière de droits humains, mis en balance différents droits fondamentaux que sont les droits à la santé, à la mobilité, aux libertés de réunion, d'entreprendre, d'expression et de manifestation et, en particulier, le droit à la vie privée en ce compris la protection des données à caractère personnel. Ces droits doivent partager, bien malgré eux, le lit de la Covid19. Les réflexions ci-après se limitent aux enjeux soulevés pour la protection de la vie privée par les mesures utilisant les vertus du numérique prises pour lutter contre la Covid19.

La protection de la vie privée se voit consacrée à l'article 22 de la Constitution belge. Ainsi, « chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi ». Cet article accorde à la vie privée une protection très forte même si elle n'est pas absolue. La Cour constitutionnelle a considéré, dans un arrêt du 18 mars 2010, que les obligations internationales en matière de protection des données personnelles découlant des dispositions contenues dans les textes européens (tant de l'Union européenne que du Conseil de l'Europe) « forment un ensemble indissociable des garanties qui sont reproduites à l'article 22 de la Constitution »³. La Cour a affirmé à plusieurs reprises⁴ cette filiation de l'article 22 de la Constitution avec les normes internationales garantissant le droit à la protection de la vie privée et des données à caractère personnel. Cela apporte une clef d'analyse de l'article 22 dès lors que les interprétations de l'article 8 de la CEDH par la Cour européenne des droits de l'homme lui sont applicables.

¹ Cécile de Terwangne : Professeure à l'Université de Namur et directrice de recherches au CRIDS.

Yves Pouillet : Professeur émérite faculté de droit de l'Université de Namur et co-président de l'Institut de recherches Nadi.
Jean-Marc Van Gyseghem : Directeur de recherche au CRIDS (Université de Namur) et avocat.

² Sur l'utilisation du masculin ou du féminin, voy. www.academie-francaise.fr/le-covid-19-ou-la-covid-19 (dernière visite le 13 juin 2020).

³ Cour const., 18 mars 2010, arrêt n° 29/2010, www.const-court.be.

⁴ S'appuyant notamment sur les travaux préparatoires de l'article 22 de la Constitution ; Cour const., 10 novembre 2011, arrêt n° 166/2011, www.const-court.be, B16.6. Voy. également Cour const., 7 juillet 2011, arrêt n° 122/2011 www.const-court.be, B.3.

Il est donc utile de se reporter à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Si le premier paragraphe assure la protection de la vie privée et, partant, des données à caractère personnel, le second paragraphe accorde un pouvoir d'ingérence aux États. Cette ingérence doit cependant être « "prévues par la loi" et "nécessaires dans une société démocratique" pour atteindre l'un ou l'autre des "buts légitimes" énumérés à l'article 8 »⁵. Parmi les buts légitimes énumérés, figure la « protection de la santé ». Pour être clair, certaines atteintes à la vie privée peuvent donc être justifiées si la protection de la santé, que ce soit celle d'un individu ou celle de la collectivité, le requiert.

Cela ne signifie pas que la porte serait ainsi ouverte, au nom de la nécessité de protéger la santé, à tout type de traitement de données à caractère personnel, que ce soit par exemple via des applications sauvages de tracing non entourées de dispositions légales, via la reconnaissance faciale des personnes atteintes du virus, la prise de température corporelle dans les entreprises, ou encore, comme au Monténégro, via la diffusion sur Internet des noms et adresses des personnes contaminées⁶.

En effet, il ne suffit pas que l'ingérence poursuive un but légitime, encore faut-il qu'elle soit, d'une part, prévue par la loi et, d'autre part, nécessaire pour atteindre le but voulu. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme considère que, pour que l'ingérence soit acceptable, il faut que la loi « soit suffisamment accessible et énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite : en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé »⁷. L'on est en droit de se poser la question de savoir si des arrêtés royaux de pouvoirs spéciaux pris dans l'urgence permettent au citoyen de régler sa conduite. Les juristes se posent déjà de multiples questions à leur lecture, qu'en est-il dès lors des citoyens non versés dans le décryptage de textes arides et techniques, aux formulations et aux traductions officielles parfois approximatives du fait de la hâte dans laquelle ils ont été rédigés et adoptés ? Par ailleurs et pour nombre de ces textes, c'est dans le secret des cabinets ministériels qu'ils sont élaborés et discutés et ils s'accompagnent d'une délégation large à des organes peu visibles et peu contrôlés démocratiquement.

Il serait donc opportun de penser une loi en termes d'efficacité mais aussi de lisibilité. À force de vouloir mélanger ou cumuler les objectifs, le contenu des textes perd en clarté. Ainsi, en guise d'exemple, les textes déposés en matière de tracing prévoient plusieurs finalités alors que, en réalité, la seule qui soit réellement pertinente est celle du traçage des individus ayant croisé le chemin de personnes contaminées. L'on parle bien de tracer (*tracing*) et non traquer (*tracking*), ce qui implique que l'individu doit savoir qu'il a eu un contact à risque sans pour autant devoir connaître l'identité de la personne concernée et sans que cela ne puisse être traité par les autorités dans une finalité de sanction. Il n'est pas opportun d'ajouter un objectif de recherche scientifique au traçage ou plutôt de justifier par un tel objectif de recherche des traitements de données supplémentaires : le cadre réglementaire existant en matière de recherche scientifique suffit. L'on

⁵ Cour eur. D.H. (GC), 15 novembre 2016, *Dubská et Krejzová c. République tchèque*, req. n°s 28859/11 et 28473/12, n° 166.

⁶ <https://www.levif.be/actualite/europe/coronavirus-le-montenegro-balance-les-noms-et-adresses-des-personnes-suspectees-d-etre-malades/article-normal-1274153.html>.

⁷ *Ibidem*, n° 167.

peut donc légitimement s'interroger sur le respect de l'article 8 de la CEDH par les rédacteurs des propositions/projet de loi ou arrêtés royaux.

À considérer que la « loi » surmonte l'écueil de la clarté, encore faut-il que l'ingérence soit nécessaire pour atteindre l'objectif visé. Tout traitement de données doit en effet respecter le principe de proportionnalité contenu dans l'article 8 CEDH, c'est-à-dire être pertinent au regard de la finalité légitime poursuivie et limité à ce qui est nécessaire au regard des intérêts, droits et libertés des personnes concernées ou de l'intérêt public. En outre, il ne doit pas induire une ingérence disproportionnée dans ces intérêts, droits et libertés.

Répondre à la question de la nécessité n'est guère aisé et peut donner lieu à des divergences de vues. Ainsi et pour reprendre l'exemple du tracing, la CNIL⁸, le PFPDT⁹ et l'APD¹⁰, pourtant saisis d'un produit similaire à savoir une application mobile de tracing, ont un avis différent sur la question de la nécessité. La CNIL considère que « l'utilité de l'application et la nécessité du traitement projeté pour accomplir la mission d'intérêt public ainsi confiée à l'autorité publique, au sens des règles de protection des données, sont suffisamment démontrées en amont de la mise en œuvre du traitement »¹¹. Il en est de même pour le PFPDT : « après appréciation du rapport "Risk Estimation Proximity Tracing" du NCSC publié [le 12 juin 2020], le PFPDT confirme son évaluation selon laquelle le système suisse de traçage de proximité exploité par l'Office fédéral de la santé publique et l'appli SwissCovid respectent les exigences en matière de protection des données »¹². L'APD belge estime, pour sa part, que la note au Gouvernement et le Rapport au Roi « ne démontrent pas de manière suffisante l'efficacité et donc la nécessité et la proportionnalité de cette utilisation [d'une application de tracing] »¹³. On constate donc que, sur la base de principes de protection des données communs et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, des autorités de protection de différents pays arrivent à des conclusions variables. Doit-on en déduire que certaines autorités de protection des données ont mis en avant la santé publique tandis que d'autres ont fait prévaloir le droit à la vie privée, ou simplement que les textes d'application n'étaient pas d'une qualité légistique égale et que la solution technique présentée n'était pas *stricto sensu* la même ?

Il est certain que, depuis l'entrée en vigueur du RGPD, la protection des données est devenue – finalement serait-on tenté d'écrire – un sujet de premier plan, et cela d'autant plus que l'APD a commencé à rendre des décisions sanctionnant par des amendes administratives des comportements contraires au RGPD. Cependant, ce sujet n'éclipse pas toute autre préoccupation et la protection recherchée doit s'inscrire dans une réalité vivante et contrastée. L'on doit veiller à ne pas sanctuariser la protection de la vie privée au risque d'en dénaturer la portée.

Pour effectuer une juste mise en balance entre le droit à la santé et celui à la protection de la vie privée et des données, le juriste ne peut faire l'impasse sur une analyse minutieuse de l'apport

⁸ Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (France).

⁹ Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (Suisse).

¹⁰ L'Autorité de protection des données (Belgique).

¹¹ CNIL, délibération n° 2020-056 du 25 mai 2020 portant avis sur un projet de décret relatif à l'application mobile dénommée « StopCovid », point 12.

¹² https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/fr/home/actualites/aktuell_news.html#918763748 (dernière visite le 13 juin 2020).

¹³ APD, avis n° 34/2020 du 28 avril 2020, point 9.

EDITORIAL

de la technologie surtout au moment où cette technologie permet de sauver des vies. Il n'est pas question ici de dire que le droit à la vie privée doit d'office s'effacer devant l'impératif de santé lié à la Covid19 mais bien qu'il doit laisser un peu de place dans le lit conjugal sans pour autant permettre à la santé de prendre toute la couverture à elle. Il est donc essentiel de procéder à une analyse préalable soignée des intérêts et droits à mettre dans la balance.

À l'heure de décider du recours à une application de traçage des contacts pour lutter contre le développement ou la recrudescence de l'épidémie, le souci de réduire l'ingérence à ce qui est véritablement nécessaire et proportionné conduit à privilégier les systèmes enregistrant les données de proximité (s'appuyant sur la technologie Bluetooth) plutôt que les données de localisation (GPS). Les données de localisation ne sont en effet pas nécessaires à la finalité de recherche de contacts, l'objectif n'étant pas de suivre les mouvements des individus ni de surveiller le respect d'une quarantaine. En outre, le traitement des données de localisation dans le contexte de la recherche de contacts serait difficile à justifier au regard du principe de la minimisation des données contenu dans la législation de protection des données (RGPD) et porterait excessivement atteinte aux droits et libertés des individus.

On sera aussi attentif à ce que la mise en œuvre d'une application de traçage n'est acceptable que pour un temps strictement limité. Il est impératif que non seulement les données enregistrées au fur et à mesure soient effacées de manière automatique dès le délai de leur utilité (qu'on s'accorde à fixer à deux semaines) écoulé, mais également que l'application elle-même soit désinstallée de leurs supports dès la fin de l'épidémie déclarée par les autorités sanitaires.

Enfin, toute mise en balance de valeurs implique un réel débat démocratique dans lequel doivent être impliqués non seulement les parlementaires mais, également, préalablement, les représentants des divers intérêts en cause, issus de diverses disciplines. Il ne s'agit pas de s'en tenir à un débat au sein de microcosmes fermés. C'est à ce prix que la démocratie réussira à protéger ses valeurs tout en donnant une chance à la société de recouvrer la santé suite à l'aventure de la Covid19.